El derecho desde la perspectiva de la Escuela Austríaca de Economía. La visión de Friedrich A. von Hayek[i]

Ricardo Manuel Rojas
Fundación *Hayek*

I. Los inicios de la Escuela Austríaca de Economía: Carl Menger y su aporte al estudio del valor económico.

En la segunda mitad del siglo XIX se produjeron simultáneamente importantes intentos por profundizar aspectos de la teoría del valor económico, en especial buscando ponderar el concepto de “utilidad”.
William S. Jevons, Leon Walras, y posteriormente Alfred Marshall mantuvieron sustancialmente la idea de que los precios estaban determinados por los costos de producción, y su desarrollo de la teoría de la utilidad marginal tenía por objeto complementarla, y no refutarla: para ellos, tanto los costos de producción como la utilidad determinaban los precios[ii]. Estos autores, especialmente Jevons, dieron un paso adelante con respecto a los clásicos, al introducir la variable de la utilidad, pero lo hicieron en el marco de un análisis de los precios y no de las valoraciones individuales que los preceden.
Sin embargo, fue Carl Menger (1840-1921), quien en Viena avanzó mucho más allá en esta dirección, al concluir, desde la teoría de la utilidad marginal, que en la determinación de los precios intervienen exclusivamente factores subjetivos: las utilidades marginales de cada una de las partes que intercambian. Al respecto, explicaba Menger:
“Si un diamante fue encontrado accidentalmente o si se lo obtuvo de una mina de diamantes con el empleo de mil días de trabajo es completamente irrelevante para su valor. En general, nadie, en su vida cotidiana, pregunta por la historia del origen de un bien para estimar su valor, sino que toma en cuenta solamente el servicio que el bien le brindará y al que tendría que renunciar si no tuviese el bien a su disposición”[iii].
De esta idea de Menger se deduce entonces que no son los costos los que determinan a los precios, sino que por el contrario, los precios finales imputan valoraciones a aquellos bienes de producción que constituyen los costos. Si bien a largo plazo precios y costos tienden a igualarse, para este pensador y quienes a partir de entonces siguieron la línea de lo que se llamó la Escuela Austríaca de Economía[iv], la dirección causal es opuesta a la sostenida por los clásicos[v]. Los bienes de producción adquieren valor porque los bienes finales son valorados. La determinación del precio del bien final es independiente de los costos, los costos son el resultado de la existencia de precios esperados[vi].
El aporte de los pensadores austríacos al estudio del proceso económico tiene una profundidad superior a la que generalmente se le asigna. Incluso Walras y Jevons veían en la utilidad marginal un elemento determinante para establecer el valor de cambio, es decir, el precio. Pero el precio es la síntesis de muchas operaciones paralelas de una gran cantidad de individuos que forman la oferta y la demanda. Hablar de la utilidad vinculada con la determinación de los precios es, en última instancia, recurrir a una concepción colectiva de utilidad.
En cambio, los pensadores austríacos cultivaron el individualismo metodológico, lo que los llevó a colocar la utilidad marginal un paso antes del valor de cambio, es decir, en el valor de uso individual que el bien, en un momento y lugar determinados, tiene para una persona en particular. La revolución que estos autores produjeron consistió en sintetizar el proceso

económico en sus puntos básicos: individuos que valoran bienes y toman decisiones sobre la base de preferencias temporales.
Este individualismo metodológico parte de la concepción del hombre como sujeto central del proceso de intercambio, considerando que sus cualidades básicas deben ser respetadas para poder comprender los procesos más complejos. Como se verá luego, las características básicas de la naturaleza humana, en las cuáles se basa el individualismo metodológico, tienen una importancia central cuando uno decide involucrarse en el estudio del derecho.
Básicamente, los postulados sobre los que descansa esta visión son los siguientes:
1) Que el hombre actúa y por eso hay intercambio, de modo que la acción humana es el punto de partida de cualquier estudio posterior por parte de las ciencias sociales.
2) Que esa acción es voluntaria, y es efectuada por cada individuo siguiendo sus propios valores y metas.
3) En consecuencia, el hombre intenta constantemente pasar de una situación menos satisfactoria a una más satisfactoria[vii]. Lo que es más o menos satisfactorio depende de su propia valoración, que además cambia de acuerdo con las circunstancias y preferencias temporales.
4) Para tomar decisiones, es esencial para el hombre contar con información respecto de las circunstancias vinculadas con el intercambio planeado. Una de las características básicas del hombre es su conocimiento limitado, y por lo tanto, la adquisición y evaluación de esa información estará igualmente limitada. Por otra parte, el conocimiento está disperso entre los individuos de modo que cada uno tiene una partícula de conocimiento que falta en los demás, y a su vez desconoce una inmensa cantidad de hechos, que son conocidos por otros.
5) Pero además, esta información no es estable o estática, sino que cambia constantemente por una multiplicidad de factores.
Estas circunstancias dotan de mayor complejidad a la determinación final de los precios, y al estudio del proceso económico en general: millones de personas, que valoran cada una de acuerdo con su propio código, siguen sus propias preferencias, y además deciden sobre la base de información imperfecta. Por ello los autores austríacos hablaron de un proceso de mercado, que explica el desarrollo de todos los pasos hasta llegar a la determinación final de los precios.

II. Las limitaciones del conocimiento como elemento constitutivo del proceso de mercado en el pensamiento austríaco.

Una gran diferencia entre la visión de la Escuela Austríaca y la de los economistas que siguieron los postulados clásicos, es que los primeros consideraron a las situaciones azarosas involucradas con el proceso económico, a las dificultades para obtener información, oportunidades aprovechadas por personas más avispadas, desigualdad de conocimiento y talento, como condiciones normales de dicho proceso, pues son parte de la propia naturaleza humana. Desconocer estos hechos para intentar una teoría económica basada en hombres iguales, con conocimiento perfecto e información completamente disponible para todos en igualdad de condiciones, es elaborar una teoría económica divorciada de la realidad.
Por el contrario, los economistas neoclásicos entendieron al mercado como un equilibrio en el cual esas alteraciones no debían suceder, lo que supone una conclusión acorde con su visión constructivista del valor de cambio. Por ello, lo que para los austríacos eran efectos

normales del impredecible comportamiento individual, para los neoclásicos son “fallas” del mercado, que deben ser corregidas, generalmente con intervención estatal a través de normas jurídicas.

En la Europa de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, estas ideas marcaron un profundo cambio no sólo en la teoría del valor económico, sino en el entendimiento de la economía en general. En las universidades de la Europa continental –a diferencia de Gran Bretaña-, la economía formaba parte del estudio del derecho, cuya área era muy amplia[viii]. Era considerada como una rama de la administración pública y, por lo tanto, sujeta a ser estudiada en el amplio contexto de la ley.

Ello sucedía en Viena, aun cuando la influencia de los iniciadores de la Escuela Austríaca, Menger, Böhm-Bawerk y Wieser logró emancipar esa asociación de la economía y la administración pública, no obstante lo cual durante mucho tiempo conservó un lugar formal dentro de la Facultad de Derecho. Así es como Friedrich A. von Hayek, que centró sus estudios en la Universidad de Viena en cuestiones económicas, obtuvo su primer doctorado en Derecho, en 1921.

Los economistas clásicos distinguieron las leyes de la producción de las de la distribución de riqueza, entendiendo que esta última podría ser mejor realizada a través de una ordenada planificación legal. Además, no pudieron desenfocarse de esa visión colectivista del valor al estudiar la formación de los precios, y entonces vieron que determinados comportamientos individuales, distintos de los esperados, producían efectos no deseados, o que en todo caso generaban alteraciones e impedían un efectivo y confiable cálculo económico.

Esa pretensión constructivista de “perfeccionar” la competencia o de eliminar sus “fallas” ha sido una de las principales justificaciones del reemplazo del orden natural o espontáneo, que es el proceso de mercado, por otro artificial. Generalmente la ley escrita ha sido la herramienta para producir ese cambio, como veremos más adelante.

Los pensadores de la Escuela Austríaca, en cambio, desarrollaron sus estudios sobre el proceso económico y social a partir del examen del hombre y no del mercado o la sociedad como unidad de medida. Vieron entonces que lo que otros economistas consideraron fallas o imperfecciones, en realidad son condiciones normales de la interacción social, desde que el comportamiento de cada individuo es impredecible. Por otra parte, solucionaron el problema de los llamados “bienes públicos”, de un modo opuesto al propuesto por los neoclásicos, especialmente a partir de los trabajos de Paul Samuelson en la década de 1950. No es la intervención estatal y la reglamentación lo que resuelve el problema, sino la búsqueda de una mejor forma de definir los derechos de propiedad y proteger su goce, lo que permitirá a la postre convertir los bienes públicos en privados[ix].

III. La tradición escocesa del orden social espontáneo y su revaloración por los pensadores de la Escuela Austríaca.

Si bien Menger recogió las ideas fundamentales del pensamiento escocés sobre el orden social, fue Friedrich A. von Hayek quien en el siglo XX revitalizó con fuerza estos principios, y los combinó con las ideas económicas que se desarrollaron a partir del individualismo metodológico y la nueva concepción del valor económico. Con razón se ha dicho que el modo en que Hayek tomó el pensamiento del iluminismo escocés constituye “la más excitante puesta al día de este cuerpo de ideas”[x].

Entre 1740 y 1790, Escocia proveyó una de las ramas más importantes del Iluminismo europeo, una rama filosóficamente distinta de aquella que se desarrolló en el continente.

David Hume, Adam Ferguson y Adam Smith fueron las figuras sobresalientes, pero alrededor de ellos se desarroll{o una constelación de pensadores, que incluía a Francis Hutcheson, Lord Kames, William Robertson, Dugald Stewart, Thomas Reid, Sir James Steuard y John Millard. El interés de estos pensadores iba desde la metafísica hasta las ciencias naturales, pero los aportes distintivos de este iluminismo escocés se centraron en aquellos campos vinculados con la investigación del progreso de la sociedad, que incluían la historia, moral filosofía política, y fundamentalmente, la política económica[xi].

Estos autores, especialmente los tres citados en primer lugar, sustentaron la idea de que la sociedad crece y se desarrolla de un modo no planificado, sino por una evolución espontánea llevada a cabo a partir de innumerables decisiones individuales, tomadas por cada uno siguiendo sus propias metas e intereses; y que de la conjunción de todas esas decisiones se obtiene un orden que ninguna mente podría ser capaz de planificar. En definitiva, en lo que tiene que ver con la organización política de la sociedad, la evolución y el transcurso del tiempo hacen que sólo permanezcan las instituciones que a la larga han demostrado tener éxito.

Sus estudios sobre la sociedad estaban invariablemente precedidos por un análisis de la naturaleza humana. El reconocimiento de que cada individuo posee valores, virtudes, sentimientos, pasiones y defectos, que no son iguales y muchas veces se contradicen entre sí, les permitió deducir ciertos principios[xii]:

1) El hombre actúa siempre buscando una satisfacción personal, un interés propio.

2) el hombre tiene limitaciones cognoscitivas. Estas limitaciones, según Ferguson, no sólo impiden un conocimiento cabal y detallado de las circunstancias actuales, sino que dificultan nuestra comprensión sobre los orígenes de la sociedad y su evolución posterior[xiii].

3) Este hombre, que busca el interés propio y posee conocimiento limitado, se enfrenta a un mundo con recursos escasos.

Estas tres premisas, lejos de conducir a estos autores a una visión pesimista de las posibilidades de bienestar, los motivaron a indagar sobre las condiciones y causas que permiten la generación de riqueza y progreso. A su vez, el realismo en el reconocimiento de estas características del hombre les permitió deducir que el progreso no debía buscarse en un plan maestro diseñado por un hombre o grupo de hombres, y que la aparición y desarrollo de las instituciones no es el producto de algún contrato original, sino que por el contrario, el orden social progresa por obra de la acción de millones de personas, quienes al perseguir fines individuales logran como resultado el orden y progreso de la sociedad toda. Estas ideas marcaron un giro abrupto en la noción de orden que desde hacía dos siglos se venía gestando en el continente europeo.

Esta forma natural de comportamiento del hombre fue señalada claramente por el más famoso de los filósofos morales escoceses, Adam Smith, en *The Wealth of Nations*. Sostenía en uno de los párrafos más conocidos:

“En casi todas las otras especies zoológicas el individuo, cuando ha alcanzado la madurez, conquista la independencia y no necesita el concurso de otro ser viviente. Pero el hombre reclama en la mayor parte de las circunstancias la ayuda de sus semejantes y en vano puede esperarla sólo de su benevolencia. La conseguirá con mayor seguridad interesando en su favor el egoísmo de los otros y haciéndoles ver que es ventajoso para ellos hacer lo que les pide. Quien propone a otro un trato le está haciendo una de esas proposiciones. Dame lo que necesito y tendrás lo que deseas, es el sentido de cualquier clase de oferta, y así obtenemos de los demás la mayor parte de los servicios que necesitamos. No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento,

sino la consideración de su propio interés. No involucramos sus sentimientos humanitarios sino su egoísmo; ni les hablamos de nuestras necesidades, sino de sus ventajas”[xiv].

Por su parte, tras señalara Adam Ferguson que “las naciones tropiezan con instituciones que ciertamente son el resultado de la acción humana, pero no la ejecución del designio humano”[xv], los autores escoceses vieron que el orden político debe ser entendido dentro de un espontáneo e irresistible desarrollo de ciertos principios obvios, y demostraron que con pequeñas ideas y sabiduría política podían construirse los más complicados y aparentemente artificiales esquemas de política[xvi].

Esta visión de Ferguson, que culmina en la frase recién citada, contiene dos presupuestos que resultan básicos para el pensamiento de los escoceses: que los hombres no “inventan” desde cero, sino que innovan a partir de condiciones o instituciones que fueron el fruto de acciones humanas anteriores, y que la yuxtaposición de multitud de planes individuales producen, al entrecruzarse, muchas veces resultados que no eran buscados por sus autores[xvii].

La moneda, el derecho, el mercado, el lenguaje, son ejemplos de estos órdenes surgidos a partir de ciertas conductas humanas, pero sin constituir el diseño de persona alguna. Mucho antes de que el hombre hubiese desarrollado el lenguaje hasta el punto de posibilitarle impartir órdenes de carácter general, los individuos sólo eran admitidos por el grupo si se avenían a respetar las correspondientes normas. Podían ser éstas en cierto sentido desconocidas, y hasta ignotas, porque existe un largo trecho entre que el hombre sea capaz de reconocer si los actos ajenos se ajustan o no a las prácticas admitidas y que pueda expresarlas verbalmente. Pero desde un principio, nadie pensaba que la ley pudiera ser creada por el hombre[xviii].

La “mano invisible” fue una metáfora usada por Adam Smith para describir el principio por el cual un orden social beneficioso emerge como una consecuencia no buscada de las acciones humanas individuales. No obstante que Smith usó la expresión “mano invisible” en este sentido sólo en dos ocasiones en sus escritos, una vez en *Theory of Moral Sentiments*, y otra en *The Wealth of Nations*, la idea subyacente en la metáfora apareció en todas sus teorías morales y sociales.

En general, el concepto que la expresión “mano invisible” capturó tan gráficamente –un concepto que Carl Menger rescató como un “entendimiento orgánico del fenómeno social” y Hayek, en el siglo XX, catalogó como un “orden espontáneo”- se compone de tres pasos lógicos. El primero es la observación de que la acción humana frecuentemente tiene consecuencias que no son entendidas ni buscadas por los actores. El segundo paso es el argumento de que la suma de estas consecuencias impensadas de una gran cantidad de personas en un largo período de tiempo, dadas las condiciones correctas, resulta en un orden entendible para la mente humana y que aparece como si fuese el producto de algún planificador inteligente. El tercer paso y final es el juicio de que este orden es beneficioso para los participantes, de una manera que ellos no buscan pero que de todos modos les resulta deseable[xix].

De este modo, millones de personas pueden acomodar su conducta para obtener el mayor provecho, al conocer las decisiones y anhelos de otras tantas. Ello, al mismo tiempo, genera un tipo de orden que resulta mucho más eficiente y consensuado que aquel que emana de una decisión arbitraria y se impone compulsivamente.

Para estos autores, tal intercambio voluntario protegido por instituciones desarrolladas para garantizar los derechos de propiedad fue el fruto de la división del trabajo, que para ellos es la causa principal de la riqueza de las naciones. Adam Smith lo explicaba de este modo:

"La división del trabajo, de la cual se derivan tantas ventajas, no ha sido planeada por una mente humana que se propuso la opulencia general a que está dando lugar. Es la necesaria, pero lenta y gradual, consecuencia de una cierta propensión humana: la propensión a realizar trueques o intercambiar una cosa por otra"[xx].

IV. Orden espontáneo y evolución en el pensamiento escocés.

Se suele emplear la noción de "orden espontáneo" en dos sentidos distintos: por una parte, para referirse a aquellos órdenes elaborados alrededor de patrones no coercitivos, es decir, producto de muchas acciones individuales vinculadas con cuestiones concretas, pero de ninguna decisión en particular. Por otra parte, la idea se encuentra asociada también con la evolución institucional o social alrededor de la noción de "supervivencia del más apto", al estilo darwiniano[xxi].

Erróneamente suele suponerse que el concepto de evolución fue tomado por las ciencias sociales de la biología, cuando en realidad ocurrió lo opuesto. El hecho de que Charles Darwin aplicara con tanto éxito a la biología un método que tomó originalmente de las ciencias sociales, y que regresó a ellas con nuevo ímpetu de la mano de Herbert Spencer, entre otros, no debe restarle importancia en la esfera en la que originalmente surgió[xxii].

El enfoque evolucionista, tras la recaída cartesiana, tuvo su auge bajo el impulso de Mandeville y Hume (basados fundamentalmente en los aportes del common law en la versión elaborada por Matthew Hale), los filósofos morales escoceses conducidos por Adam Smith y Adam Ferguson; luego en Alemania, a través de las obras de Wilhelm von Humboldt y Savigny, y en Inglaterra en la persona de un discípulo de este último, Henry Maine. Siguiendo en esta línea, en 1883 Carl Menger subrayó la importancia que para las ciencias sociales tiene la espontánea formación de las instituciones[xxiii]. Como sostenía Hayek:

"Fue el estudio de ciertas realidades sociales, tales como el lenguaje, la moral el derecho y la moneda, lo que permitió finalmente formular con la debida claridad, en el siglo XVIII, los conceptos paralelos de evolución y formación de un orden, y propiciar al propio tiempo los instrumentos intelectuales que permitieron a Darwin abordar el análisis del evolucionismo biológico (...). Los filósofos morales del siglo XVIII, así como las escuelas históricas del derecho y el lenguaje, pueden ser calificados de darwinistas pre-darwinianos"[xxiv].

Para David Hume, la evolución de las instituciones se basaba en el reconocimiento de tres leyes fundamentales de la naturaleza: la estabilidad en la posesión, la transmisión por consentimiento y el cumplimiento de las promesas. Ello suponía el respeto del derecho de propiedad. Hume sostenía que las reglas de justicia, al proteger el derecho de propiedad, generaban ventajas para la sociedad, puesto que la propiedad privada era la administradora más eficaz de los recursos siempre escasos, a pesar de que dicha ventaja no hubiese sido buscada por sus autores[xxv].

Esta idea evolucionista está presente en el sistema jurídico elaborado a través de decisiones judiciales, como ha sido fundamentalmente el common law anglosajón o el derecho romano clásico. La afirmación de que mediante sus sentencias en casos concretos los jueves van aproximándose a un sistema de normas de comportamiento que es el más conducente a un orden eficiente, se impone cuando advertimos que en realidad se trata del mismo proceso propio de toda evolución intelectual. Como en cualquier otro campo, el progreso se obtiene aquí al moverse dentro de un sistema de pensamiento ya existente y procurando, a fuerza de remiendos, de "crítica inmanente", hacer el conjunto más coherente, tanto en sí mismo

como con relación a los hechos a los que las normas se aplican. Tal “crítica inmanente” es el principal instrumento de la evolución del pensamiento y la comprensión de este proceso constituye el típico objetivo de un racionalismo evolutivo o crítico en contraposición al constructivista o ingenuo.

Como veremos más adelante, el juez trata de mantener y mejorar un orden dinámico que no se debe al designio de nadie; se halla al servicio de un orden que se ha formado sin intervención de la autoridad y a menudo en contra de su voluntad, escapa a cualquier intento de organización deliberada y no se basa en el cumplimiento por los individuos de una voluntad de otra persona, sino en concordar de manera armónica las distintas expectativas personales[xxvi].

V. Razón y racionalismo en la visión hayekiana.

Los términos “razón”, “racional”, “racionalismo”, han sido utilizados con sentidos variados, a veces no muy claros, e incluso contradictorios. Es posible diferenciar dos visiones al respecto: una colectiva o constructivista, vinculada con la idea de una razón superior, capaz de predecir, decidir y organizar la vida social del modo más eficiente; la otra, individualista y evolutiva, ve en ella a una capacidad humana individual –ejercida por una acto voluntario- que permite al hombre examinar los hechos de la realidad de un modo crítico, siguiendo las reglas de la lógica, como un modo de buscar un conocimiento más acabado, obtenido generalmente a través de la detección y eliminación de errores.

Se suele distinguir estas dos visiones hablando de la “Razón” (con mayúsculas) para designar a la primera, y la “razón” (con minúsculas) para referirse a la segunda[xxvii].

La primera conduce a la idea cartesiana del orden social como producto del diseño humano deliberado. Este concepto de “razón” o “racionalismo” generó las críticas de aquellos pensadores como Hayek o Popper, quienes guiados por un individualismo metodológico, rechazaron cualquier pretensión de diseño social artificial elaborado a partir de un conocimiento humano completo e inmutable.

Los “racionalistas” parten de una visión colectiva y superior de razón, aquella que permite deducir las soluciones “mejores” o “ciertas” para resolver los problemas que entraña la interacción social. Por el contrario, quienes adoptan una visión individualista de la “razón” concebida como una facultad humana que le permite integrar el conocimiento individualmente adquirido, ven en esa idea cartesiana de una “Razón” superior una pretensión “irracional”.

“Racional” no es sinónimo de “omnisciente”, y por lo tanto ninguna mente, por más racionalmente que se comporte, es superior a cualquier otra para elegir la opción que considere “correcta”, de acuerdo con las metas y valores de quien decide en cada momento; y ninguna está exenta de incurrir en error[xxviii].

Ello conduce al hecho de que las posibilidades cognoscitivas del hombre son limitadas, mucho más limitadas en la medida en que se aleja del núcleo de su conocimiento personal. Por eso es que la pretensión de organizar la sociedad desde la decisión racional de una persona choca con las limitaciones con las que se enfrentará esa persona, sea quien fuere, para obtener la cantidad de información necesaria.

Como explica Hayek, tan sólo en los tipos más simples de organización es posible que todos los detalles sean determinados por una mente única. Pero nadie ha conseguido hasta ahora ordenar deliberadamente cuantas actividades integran el quehacer de una sociedad compleja. Si alguien en algún momento lo logra, la misma no podrá ya hacer uso de una pluralidad de inteligencias y quedaría obligada a depender tan sólo de una de ellas. El orden

social correspondiente no podría ser de gran complejidad, sino extremadamente primitivo, tanto como no tardaría en serlo la mente clave cuyo conocimiento y decisiones hubiesen de abarcarlo todo[xxix].

VI. El orden social espontáneo, la planificación económica y el derecho.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, ya instalado en Londres, Hayek publicó *Camino de Servidumbre*, un libro que dedicó "a los socialistas de todos los partidos", en clara referencia a la intelectualidad británica de entonces, que mientras era bombardeada por los representantes del nacional-socialismo, abogaban por mayor planificación económica para su propio país.

Explicaba Hayek en ese trabajo que:

"Cuando tenemos que elegir entre sueldos más altos para las enfermeras o los médicos, o una mayor extensión de los servicios sanitarios, más leche para los niños o mayores jornales para los trabajadores agrícolas, o entre ocupación para los desocupados o mejores jornales para los ya ocupados, para procurar una respuesta no se necesita nada menos que un sistema completo de valores en que cada necesidad de cada persona o grupo ocupe un lugar definido. A medida que la planificación se extiende más y más, se hace normalmente necesario modificar, con referencia a lo que es 'justo' o 'razonable', un número creciente de disposiciones legales. Esto significa que se hace cada vez más necesario entregar la decisión del caso concreto a la discreción del juez o de la autoridad correspondiente"[xxx].

"La cuestión que plantea la planificación económica no consiste solamente en si podremos satisfacer en la forma preferida por nosotros lo que consideramos nuestras necesidades más o menos importantes. Está en si seremos nosotros quienes decidamos acerca de lo que es más o menos importante para nosotros mismos, o si ello será decidido por el planificador"[xxxi].

"La intervención económica no es sólo intervención en un sector de la vida humana que puede separarse del resto; es la intervención de los medios que sirven a todos nuestros fines, y quien tenga la intervención absoluta determinará también a qué fines se destinarán, qué valores serán computados como más altos y cuáles como más bajos. En resumen, qué deberán amar y procurarse los hombres. La planificación central significa que el problema económico ha de ser resuelto por la comunidad y no por el individuo; pero esto implica que debe ser también la comunidad, o mejor dicho, sus representantes, quienes decidan acerca de la importancia relativa de las distintas necesidades"[xxxii].

Al describir las características de una sociedad centralmente planificada, Hayek mostró con claridad que a medida que se decide regular algunos aspectos de la vida privada se producen efectos sobre todos los demás, lo que torna necesario ampliar la esfera de intervención legislativa. Entonces el planificador concentrará en sus manos un enorme poder para decidir hasta los más mínimos detalles de la vida privada. Este poder hace que la lucha por alcanzarlo sea encarnizada, y que su precio económico sea cada vez más alto. Paralelamente, los particulares se verán en la necesidad de vincularse de alguna manera con quienes ejercen el poder como único medio para alcanzar sus metas privadas, y por ese camino se terminan politizando hasta las más íntimas decisiones personales.

Fue a partir de entonces que Hayek brindó una de sus mayores contribuciones filosóficas, al explicar el proceso por el cual la ley positiva produce esta "politización" del derecho, lo que en rigor supone su destrucción. Defendió la visión evolutiva del derecho, representada fundamentalmente por el orden jurídico de elaboración judicial, al estilo del antiguo derecho romano o el *common law* inglés, donde la ley es descubierta en casos concretos por

jueces que se basan en costumbres y precedentes que existen con independencia de la autoridad política. En el derecho legislativo, en cambio, la ley es expresión de la voluntad del poder político para regular la conducta de las personas. Así, sostuvo Hayek que:
“La libertad de los británicos (...) no fue originalmente el producto de la separación de poderes entre el legislativo y el ejecutivo, sino el resultado del hecho de que las decisiones de los tribunales se inspiraban en el *common law*, un derecho que existía independientemente de ninguna voluntad y que, a la par que era vinculante para unos tribunales, era desarrollado por otros; un derecho en el que el Parlamento rara vez se entrometía si no era para aclarar algún punto dudoso de un corpus legal preexistente. Puede incluso decirse que en Inglaterra se había desarrollado una especie de separación de poderes, no porque tan sólo el legislativo hacía las leyes, sino porque no las hacía, porque la ley era determinada por tribunales independientes del poder que organizaba y dirigía al gobierno, de ese poder equivocadamente denominado ‘legislativo’”[xxxiii].
Los pensadores escoceses ya habían visto a la ley como coetánea de la sociedad, pues sólo el respeto de ciertas normas comunes a todos los integrantes permiten la convivencia pacífica. Pero esas normas eran consideradas con independencia de la existencia del gobierno, eran establecidas espontáneamente en la sociedad y no impuestas por ninguna autoridad humana. Al respecto, decía David Hume:
“Aunque los hombres pueden mantener una sociedad pequeña y ruda sin gobierno, les es imposible mantener cualquier tipo de sociedad sin justicia, y sin la observancia de las tres leyes fundamentales referentes a la estabilidad de la propiedad, la transferencia por convenio y el cumplimiento de las promesas. Por eso son anteriores al gobierno.[xxxiv]”
En la misma línea argumental, Adam Ferguson sostenía:
“El primer objeto del acuerdo y el pacto no es, por parte del hombre, dar existencia a la sociedad, sino perfeccionar aquella en la que ya por naturaleza se encuentra situado; no implantar la subordinación, sino corregir los abusos de la ya establecida”[xxxv].
Por eso Hayek pensaba que el término “institución” es confuso, pues sugiere algo deliberadamente instituido. Proponía reservarlo para las creaciones artificiales del hombre, y utilizar en su lugar un término más neutral como “formaciones” para aplicarlo a fenómenos que, como el dinero o el lenguaje, no han sido así creados[xxxvi].

VII. Derecho legislativo, derecho judicial y certidumbre sobre el orden jurídico.
Una de las premisas más fuertes de la visión constructivista del orden jurídico gira alrededor de la idea de que la ley escrita es condición previa de la certidumbre del derecho, y por ende, de la seguridad jurídica. Sin embargo, a partir de las enseñanzas de Hayek, esta afirmación ha sido controvertida de modo contundente, entre otros, por el profesor italiano Bruno Leoni.
Explicó Leoni que tanto los romanos como los ingleses desarrollaron la idea de que la ley es algo que debe ser descubierto más que sancionado, y que nadie es tan poderoso en su sociedad como para estar en posición de identificar su propio deseo con la ley de la tierra. Por el contrario, la idea continental de la certeza de la ley fue equivalente a la idea de una fórmula escrita y minuciosa y es probablemente la razón principal para el incremento de leyes y decretos, pero también para desarrollar la convicción de que el sistema legal es, después de todo, un sistema legislativo, y que la certeza es certeza de la ley escrita.
Señalaba Leoni en tal sentido:
“Un rasgo conspicuo del ideal de libertad que enarbolaron muchos países europeos ha sido la certidumbre del derecho. Pero esta certidumbre se ha entendido en dos formas distintas e

incompatibles: la primera como la precisión de un texto escrito emanado del legislador, y la segunda como importando la posibilidad para los individuos de hacer planes para un futuro mediato, basado en una serie de normas legales adoptadas espontáneamente y en común por la gente, y llegado el caso, confirmada por los jueces a través de su jurisprudencia elaborada durante siglos[xxxvii].

“La idea en el continente europeo sobre la certidumbre del derecho es equivalente a la de la existencia de fórmulas escritas, redactadas con precisión. La certidumbre, en este contexto, se relaciona con un estado de cosas que se ve inevitablemente condicionado por la posibilidad de que la ley actual sea en cualquier momento reemplazada por una ley posterior. Mientras más intenso y acelerado es el proceso por el que se dicta la ley, más incierto será que las actuales normas subsistan durante algún tiempo. Más aún, nada impide que una ley –cierta en el sentido al que nos venimos refiriendo- sea imprevisiblemente cambiada por otra, no menos cierta que la anterior[xxxviii]”.

“De acuerdo con el principio inglés del Rule of Law, que se relaciona estrechamente con toda la historia del common law, las leyes no son propiamente el resultado de la voluntad arbitraria individual de los hombres. Son producto de una desapasionada investigación por parte de los tribunales judiciales, del mismo modo como las normas legales romanas eran producto de desapasionadas investigaciones por parte de los juristas romanos, a quienes los ciudadanos sometían sus casos. El fundamento de esta ‘certeza’ está basado en el hecho de que el proceso de producción de las leyes es, o fue, esencialmente un asunto privado que involucraba a millones de personas a través de docenas de generaciones y a lo largo de muchos siglos.

“Por eso, Dicey entendía que el Rule of Law implicaba que las resoluciones judiciales formaban parte de la base misma de la Constitución inglesa, al contrario del procedimiento seguido en Europa continental, donde las actividades legales y judiciales se fundan en los principios abstractos de una constitución de origen legislativa[xxxix]”.

Tanto Hayek como Leoni entendían que esa organización espontánea que se da en la sociedad, sólo era compatible con un sistema jurídico que, garantizando la libertad y protegiendo la propiedad, consistiera en una serie de principios elaborados por jueces a partir de la resolución de casos concretos. Incluso explicaba Hayek que una de las consecuencias más importantes de la pretensión constructivista, más allá de la imposibilidad fáctica de planificar la sociedad, es que la mera pretensión de planificarla hace perder a las personas las ventajas de ese orden espontáneo que en su lugar podría desarrollarse, provocando efectos perjudiciales difíciles de calcular. Sostenía al respecto:

“Dado que el valor de la libertad reside en las oportunidades de que se dispone para llevar a cabo actos no previstos ni previsibles, difícilmente llegaremos a saber lo que hemos perdido por haber introducido determinadas restricciones (…). Mientras los efectos directos de una interferencia en el orden del mercado son en general inmediatos y visibles, los más indirectos y remotos serán ignorados. Por ello nunca llegaremos a conocer el verdadero costo de la interferencia en cuestión”[xl].

“El principal instrumento para la introducción de cambios deliberados en la sociedad moderna es la legislación. Pero por muy cuidadosamente que ponderemos previamente los actos legislativos, nunca estaremos en condiciones de modificar el sistema jurídico en bloque, a la manera de un traje nuevo que se corte ateniéndose a un patrón coherente. Legislar es necesariamente un proceso continuo en el que cada paso condiciona de manera imprevisible lo que más tarde podemos o debemos hacer”[xli].

“Si impedimos al individuo reajustar sus planes a los nuevos factores que llegan a su conocimiento, la certeza disminuirá en vez de aumentar. En realidad, muchas de nuestras expectativas pueden cumplirse porque otros alteran constantemente sus planes a la luz de nuevos datos. Si todas nuestras esperanzas basadas en actos ajenos estuviesen legalmente garantizadas, serían imposibles esos múltiples reajustes gracias a los cuáles, en medio de unas circunstancias continuamente cambiantes, alguien puede proporcionarnos lo que esperamos”[xlii].

El orden espontáneo que se produce en una sociedad cuando las personas pueden tomar decisiones libremente y existe un mecanismo institucional de solucionar los conflictos, es un orden mucho más complejo de lo que a simple vista parece. Con mucha claridad Hayek explicó que cuando los legisladores intentan alterar algunos aspectos de este orden a través de leyes positivas, lo que ocurre en cambio es que producirán alteraciones en otras áreas que ni siquiera habían sido tenidas en cuenta por ellos. Las decisiones individuales rara vez son totalmente inocuas para los demás. El proceso de mercado, el sistema de precios y un mecanismo judicial de resolución de disputas han mostrado ser los caminos más eficientes para hacer que esas externalidades sean lo menos costosas que sea posible.

VIII. Conclusión.

Frente a las posiciones que ven en la relación entre la economía y el derecho un mecanismo de regulación económica a través de leyes positivas con el propósito de lograr la planificación social, el pensamiento de la Escuela Austríaca de Economía, y fundamentalmente de Friedrich A. von Hayek, fue el de concebir al orden social como un todo indivisible, que se desarrolla y crece espontáneamente a través de los acomodamientos individuales producidos por una multitud de acuerdos contractuales celebrados por las personas. El proceso económico es un aspecto de ese orden espontáneo, y el modo en que se lo puede proteger legalmente es a través de la definición de derechos de propiedad, lo que se logra mediante la resolución *ex post* de los conflictos de intereses que se produzcan entre los individuos.

No tienen cabida en este pensamiento aquellas pretensiones de los ingenieros sociales de planificar o construir la sociedad a través de un sistema de normas. No hay conocimiento humano que sea capaz de producir dicha planificación, y ni siquiera es concebible esa idea entre seres que constantemente cambian sus metas, preferencias y valores.

Partiendo del reconocimiento de las limitaciones naturales del hombre, de la dispersión del conocimiento y la imposibilidad de planificación social, Hayek llegó a la conclusión de que leyes imperativas como las que estamos acostumbrados a ver en nuestros países, muchas de las cuales se utilizan como ejemplo en este libro, sencillamente no deberían ser sancionadas.

---

[i] La mayoría de los conceptos expuestos en este trabajo, están basados en parte de mi libro: *Análisis Económico e Institucional de orden jurídico*, Abaco, Buenos Aires, 2004.

[ii] CACHANOSKY, Juan C., “La escuela austríaca”, *Libertas* n° 1, octubre de 1984, p. 204.

[iii] MENGER, Carl, *Principles of Economics*, New York University Press, 1981, p. 146.

[iv] El nombre de Escuela Austríaca surgió como consecuencia de la discusión entre Menger y Gustav von Schmoller y sus respectivos discípulos alrededor del método historicista, que fue conocida como *Methodenstreit*. Las críticas de Menger a la posición metodológica de la Escuela Histórica Moderna, y su afirmación de que es posible elaborar una teoría económica universal y atemporal, mereció una fuerte reacción por parte de los seguidores de Smoller, que llamaron “austríacos” a sus adversarios, expresión que en

Alemania tenía una connotación peyorativa, a partir de la victoria prusiana sobre el ejército austríaco en la batalla de Königgratz. De allí surgió la expresión *Die Österreichische Schule* (*La Escuela Austríaca*), para referirse a Menger y sus discípulos (ver MISES, Ludwig, *The Historical Setting of the Austrian School of Economics*, New Rochelle, Arlington House, 1969, p. 40; citado por CACHANOSKY, Juan Carlos, op. cit., p. 189).
[v] CACHANOSKY, op. cit. p. 205.
[vi] MENGER, op. cit., p. 149 y siguientes
[vii] ver, en este sentido MISES, Ludwig, *La Acción Humana*, Unión Editorial, Madrid, 1980, p. 38 y 39.
[viii] SHENFIELD, Arthur, "Hayek y el derecho", *Libertas* n° 7, octubre de 1987, p. 105.
[ix] Ver en este sentido ROJAS, Ricardo M., *Las contradicciones del derecho penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 59 y ss.
[x] GALLO, Ezequiel, "La tradición del orden social espontáneo. Adam Ferguson, David Hume y Adam Smith", en *Libertas*, n° 6, mayo de 1987, p. 133
[xi] ROBERTSON, John, "Scottish Enlightenment", en *The Invisible Hand*, Macmillan Press, New York, 1989, p. 239. Ver ROJAS, Ricardo M., *Análisis Económico e Institucional del orden jurídico*, Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 30 y ss.
[xii] GALLO, Ezequiel, op. Cit., p. 134.
[xiii] FERGUSON, Adam, *An Essay on the History of Civil Society* (1767), p. 183; citado por Ezquiel Gallo, ob.cit., p. 137
[xiv] SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Fondo de Cultura Económica, México, 1958, p. 17.
[xv] FERGUSON, Adam, *An Essay on Civil Society*, citado por Norman BARRY, "The Tradition of Spontaneous Order", *Literature of Liberty*, 5 (Summer 1982), p. 22
[xvi] JEFFREY, Francis, *Graig's Life of Miller*, Edimburg Review, IX, 1807, p. 84; citado por HAYEK, Friedrich, *Los fundamentos de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1978, p. 87
[xvii] GALLO, Ezequiel, op. cit., p. 140.
[xviii] HAYEK, Friedrich, *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1978, vol. 1, p. 118.
[xix] VAUGHN, Karen I., "Invisible Hand", en *The Invisible Hand*, Macmillan Press, New York, 1989, p. 170
[xx] SMITH, Adam, *The Wealth of Nations*, citada por Ezequiel GALLO, ob. cit., p. 146.
[xxi] BARRY, Norman, "The Tradition of Spontaneous Order", *Literature of Liberty*, 5 (Summer 1982), p. 22.
[xxii] Como señala HAYEK, pocas dudas existen de que las teorías de Darwin y sus contemporáneos derivaron sus sugerencias de las teorías de la evolución social. Una de las principales vías a través de la cual el pensamiento evolucionista escocés llegó a Darwin fue, probablemente, el geólogo James Hutton (ver *Los Fundamentos de la Libertad*, p. 90).
[xxiii] HAYEK, Friedrich, Derecho, Legislación y Libertad, vol. 1, p. 43 y 44.
[xxiv] HAYEK, Friedrich, op. cit., vol. 1, p. 45. Ver especialmente las notas en las que señala esta preeminencia temporal de los filósofos morales escoceses respecto de las ideas de Darwin.
[xxv] HUME, David, Teatise on Humane Nature, pp. 526 y 480, cit. por GALLO, Ezequiel, op. cit., p. 141.
[xxvi] HAYEK, Friedrich, *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. 1, p. 185.
[xxvii] HAYEK, Friedrich, *Indivudalismo: verdadero o falso*, CDEL, Buenos Aires, 1968, pp. 23 y 24.
[xxviii] Ver al respecto: ROJAS, Ricardo M., "Ayn Rand y Karl Popper sobre el conocimiento: ¿Es posible encontrar un punto de conexión?", en *Libertas* n° 40, abril de 2004, p. 91 a 159.
[xxix] HAYEK, Friedrich, *Los Fundamentos de la Libertad*, p. 82.
[xxx] HAYEK, Friedrich, *Camino de servidumbre*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, p. 81.
[xxxi] Op. cit, p. 94.
[xxxii] Op. cit., p. 95.
[xxxiii] HAYEK, Friedrich, *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. 1, p. 139.
[xxxiv] HUME, David, *Treatise on Humane Nature*, t. II, p. 306; citado por HAYEK, Friedrich, *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. 1, p. 118.
[xxxv] FERGUSON, Adam, *Principles of Moral and Political Science*, Edimburg, 1792, vol. 1, p. 262; citado por HAYEK, op. cit., vol. 1, pp. 118-119.
[xxxvi] HAYEK, Friedrich, *La Contrarrevolución de la Ciencia. Estudios sobre el abuso de la razón*, Unión Editorial, Madrid, 2003, p. 134.
[xxxvii] LEONI, Bruno, *La libertad y la ley*, CEL, Buenos Aires, 1960, p. 141.
[xxxviii] LEONI, Bruno, op. cit., p. 122.

[xxxix] LEONI, Bruno, op. cit., p. 130.
[xl] HAYEK, Friedrich, *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. 1, pp. 95 y 96.
[xli] HAYEK, Friedrich, *Derecho…*, vol. 1, p. 107.
[xlii] HAYEK, Friedrich, *Derecho…*, vol. 1, p. 164.